

## DIVORCIO. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR: EXISTENCIA DE HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

La declaración de discapacidad de un hijo mayor de edad no supone considerar su interés más necesitado de protección con preferencia en cualquier caso al de sus progenitores y que pueda condicionar la atribución de la vivienda familiar. La protección del hijo mayor cuya discapacidad ha sido declarada judicialmente vendrá determinada por la sentencia que declaró la discapacidad y acordó las medidas y apoyos concretos; en el supuesto del caso se trata de un supuesto de rehabilitación de la patria potestad, que no significa que el hijo tenga la consideración de un menor de edad, al contrario, seguirá siendo a todos los efectos mayor de edad, pues la declaración judicial lo único que determina es que los progenitores sean quienes actúen en su interés y le protejan en todos los ámbitos a que se refiera la sentencia que declaró su discapacidad. Por tanto, como mayor de edad, al igual que el resto de hijos mayores de edad, no tiene una protección equiparable a la del hijo menor de edad en relación con la atribución de la vivienda familiar como reconoce a estos el artículo 96 del CC, sino que serán los padres los que deberán prestarle los alimentos necesarios para su atención y protección, entre los que se encuentra el derecho a la habitación. Es posible por tanto la atribución de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección de acuerdo con el artículo 96.3.º del CC, pues la existencia de hijos mayores de edad, sean o no discapacitados, no puede condicionar, ni temporal ni de manera indefinida, la atribución de la misma; su protección será posible a través del derecho de alimentos, de acuerdo con el artículo 142 y siguientes del CC.

**Palabras clave:** divorcio, atribución de la vivienda familiar y menores incapacitados.

---

*Fecha de entrada: 11-02-2017 / Fecha de aceptación: 22-02-2017*

## ENUNCIADO

Doña M tiene limitada de manera plena la capacidad de obrar de acuerdo con la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia de la localidad, que rehabilita la patria potestad de los progenitores. Estos han decidido divorciarse; la madre solicita que la vivienda familiar, propiedad del esposo que heredó de sus padres, le sea atribuida a ella y a su hijo mayor de edad discapacitado que en la actualidad tiene 21 años; en otro caso solicita que le sea entregada a ella por un plazo de tres años por ser el interés más necesitado de protección. Por parte del padre se interesa que le sea atribuida a él la vivienda, que es de su propiedad, por ser el suyo el interés más necesitado de protección.

### *Cuestiones planteadas:*

- La discapacidad de los hijos mayores de edad y su proyección en los procesos de divorcio o separación.
- Atribución del uso de la vivienda a mayores de edad o mayores de edad discapacitados.
- Conclusión.

## SOLUCIÓN

1. La existencia de hijos mayores de edad con discapacidad declarada judicialmente supone, en muchos casos, la introducción en estos procedimientos, que tienen su causa en la existencia de crisis matrimoniales, de una persona que ha sido sometida a un régimen de rehabilitación de la patria potestad, de manera que quedará sometido a la intervención de los padres de acuerdo con los criterios que deben inspirar el cumplimiento de las obligaciones de la patria potestad. La sentencia que así lo acuerde habrá de determinar el alcance de la modificación de la capacidad, si tal limitación es total o parcial, indicando, en su caso, en qué tipo de actos es necesario la intervención de los progenitores; o manifestando en qué actos puede actuar por sí mismo o bien precisa asistencia o representación por parte de sus padres. Por tanto, la delimitación ha de hacerse en la sentencia

que declare la modificación de la capacidad que indicará qué tipo de actuaciones puede realizar sin auxilio o apoyo en función de las habilidades a la vista de las pruebas practicadas, así como de los informes médicos aportados, como del informe del médico forense. No será lo mismo el alcance de la patria potestad cuando la sentencia limita de manera parcial o total la capacidad de obrar del discapaz, o se limita a actos concretos, actos complejos, documentos bancarios de trascendencia, celebración de contratos, etc., ya que en tales supuestos la intervención paterna debe limitarse a los aspectos referidos en la sentencia y, por tanto, considerándose que en el resto tiene plena capacidad.

Nuestra legislación considera mayores de edad a las personas que han cumplido 18 años; a partir de ese momento han de ser considerados mayores de edad, existiendo una presunción de capacidad de obrar plena.

Sin embargo, la condición de discapaz no deriva de la existencia de una resolución judicial que así lo decida, y así el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006 incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición se recoge literalmente en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase.

En este ámbito se inserta el presente caso que aborda el problema de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio, cuando existen hijos mayores de edad con la capacidad de obrar modificada judicialmente, resultando que en estos supuestos la sentencia que modificó la capacidad del hijo mayor de edad rehabilita judicialmente la patria potestad de los progenitores.

Pudiera pensarse que en los supuestos en que la discapacidad no está declarada judicialmente aunque sea una realidad presente en la vida del hijo, los padres y el resto de personas que intervienen en cualquier asunto relacionado habrían de entender que existe una especie de atribución automática de la patria potestad como una especie de rehabilitación o prorroga *ex lege*, que les permitiría actuar en su representación, supliendo sus carencias mediante su intervención, como ocurría cuando eran menores de edad; en tales casos el hijo mayor de edad afectado de una discapacidad pasaría a tener una condición equivalente a la de un menor de edad, incluso a los efectos de la atribución de la vivienda, lo que es contrario a lo establecido por el ordenamiento jurídico; así podría ser considerado como menor, aunque realmente fuera mayor de edad, y atribuírsele el uso de la vivienda con el progenitor que tuviera su guarda y custodia, aplicándole el artículo 96 del CC, y considerarlo el interés más necesitado de protección, anteponiéndose al interés de los progenitores y propietarios, o propietario, en su caso, de la vivienda familiar con el notable perjuicio económico que ello le produciría. Sin embargo, no es admisible tal argumentación. En tales casos la capacidad ha de ser modificada judicialmente, por tanto, al margen de actuaciones de hecho que pudieran realizarse, por tanto, nadie, ni los padres, ni terceras personas, pueden atribuirse la representación para acto alguno; es necesaria la modificación de acuerdo con una sentencia que así lo declarara, y rehabilitara la patria potestad, en su caso.

La protección de esas personas estaría determinada por el sistema de protección establecido, con los apoyos o asistencias precisas, sin que puedan ser consideradas como necesitados de una protección especial o ampliada por su consideración de personas con capacidad limitada judicialmente. Como ocurriría si les fuera de aplicación en todo caso la protección que para los hijos menores establece el Código Civil en el mencionado precepto.

2. La atribución del uso de la vivienda a los hijos en los procedimientos de divorcio o separación matrimonial se encuentra establecida por el Código Civil en el artículo 90, que en su párrafo 1 dispone que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden»; el párrafo 3 del indicado precepto se expone que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Por otro lado, el artículo 142 del CC dispone que «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

De la regulación del Código se desprende que pese a referirse a hijos en general, dicha referencia ha de entenderse que incluye solo a los hijos menores de edad, que son los que están sometidos a la patria potestad y respecto de los que los padres deben cumplir las obligaciones que establece el Código en los artículos 154 y siguientes. Cumplidos los 18 años la patria potestad se extingue, sin perjuicio de que pueda rehabilitarse, pero entre tanto al hijo se le considera mayor de edad a todos los efectos.

Cuando un juez rehabilita la patria potestad por entender que el hijo mayor de edad presenta unas limitaciones en sus habilidades que le impiden gobernar su persona o bienes, deberá acordarlo en una sentencia tras la práctica de las pruebas celebradas en un juicio verbal especial, indicando el alcance de esa limitación de la capacidad de obrar y sometiendo al hijo mayor de edad a una serie de apoyos o restricciones que habrán de ser realizados por los padres a través de la protección que brinda la rehabilitación de la patria potestad. El juez no realiza, ni puede adoptar ninguna decisión de la que pudiera derivarse una asimilación del hijo a un menor de edad.

Si bien la condición de discapaz no exige la declaración judicial en tal sentido, al determinar el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006 que tal consideración incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, sin embargo en el supuesto del caso nos encontramos ante una sentencia que modifica la capacidad de obrar del mayor de edad y que por no tener la condición de menor, no le puede ser atribuida una protección como la establecida para ese caso por el artículo 96 mencionado.

Es cierto que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna, sin embargo no pueden equipararse el interés del menor con el mayor de edad, sea o no discapacitado; el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, se inspira en un sistema que tiende a su protección y asistencia de todo orden; por otro lado la protección de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. La situación de precariedad y vulnerabilidad puede superarse mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su vivienda; de esa manera complementar su situación personal para integrarle, en la medida de lo posible, en el mundo laboral, social y económico mediante ese apoyo.

La protección al más vulnerable no puede venir acompañada en todo caso de una limitación del uso de la vivienda, en casos de separación o divorcio, cuando existen otras formas de protección. La mayoría de edad alcanzada por el hijo determina que el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación, a través de la prestación de alimentos a través el artículo 142 del CC.

En este supuesto la atribución del uso no puede venir determinada por entender que en cualquier caso la condición de discapaz le atribuye sin más una protección reforzada, pese a ser mayor de edad, y ha de serle atribuido el citado uso unido a una atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, pues en ese caso quedaría vacío de contenido para estos supuestos el párrafo 3 del mencionado precepto que atribuye el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección; esa atribución puede ser temporal o venir determinada por supuestos concretos que se determinen, pero que en ningún caso impediría recuperarlo al propietario de la vivienda, que como sucede en el caso corresponde al marido. Si se procediera de otro modo, y se estimara que el uso debe ser atribuido al hijo mayor de edad por su discapacidad, las expectativas del propietario respecto del uso, disfrute o disposición de la vivienda se verían limitadas de manera indefinida, al quedar supeditadas a la recuperación de la capacidad o a otros supuestos inciertos, como la desaparición de su situación de dependencia o vulnerabilidad, cuya producción le permitirían recuperarla. Por tanto, la vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. Finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad, la atención a sus necesidades de vivienda y alimentos deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los padres.

En este sentido es importante mencionar una serie de sentencias del Tribunal Supremo que indiquen en la cuestión y sientan una jurisprudencia que resuelve las dudas que pudieran existir, y que dieron lugar a resoluciones de las Audiencias Provinciales que, en relación con el uso de la vivienda familiar, entendían que los mayores de edad en determinadas circunstancias, incluidos

los que tuvieran modificada su capacidad de obrar por una sentencia, debían tener una protección similar o idéntica a los menores de edad.

Así, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 624/2011, de 5 septiembre establece la siguiente doctrina que por su importancia se expone literalmente: «Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 del CC no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 del CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación, o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 del CC, según el cual «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Asimismo la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 315/2015, de 29 de mayo dice: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior

protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas». También deben citarse las sentencias del Tribunal Supremo 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril; 861/2011, de 18 enero; de 30 de mayo de 2012; 372/2014, de 7 de julio; de 17 de julio de 2015, de 21 de diciembre de 2016, de 19 de enero de 2017 y de 23 de enero de 2017, que delimitan la cuestión.

3. Por tanto y como conclusión del presente supuesto, al margen de los acuerdos a que pudieran llegar los progenitores, la petición de la madre no debería prosperar, ya que la protección del hijo mayor de edad con modificación de la capacidad declarada judicialmente no puede sino plasmarse a través del artículo 142 del CC, sin que le pueda ser atribuida el uso de la vivienda familiar, pues al alcanzar la mayoría de edad, la protección que dispensa en el Código Civil decae automáticamente. Su protección viene determinada por la rehabilitación de la patria potestad debiendo los padres actuar en su interés con los apoyos precisos para lograr su integración personal y social, incluido el económico que sea necesario. El interés más necesitado de protección deberá observarse de acuerdo con el artículo 96.3 y no por el punto 1 del mismo, y el derecho a una vivienda será satisfecha de acuerdo su necesidad de protección y con su derecho de alimentos. La vivienda será atribuida a la madre o bien al padre según se probara cuál es el más necesitado de protección, pero en ningún caso se vincularía a un derecho de uso preferente que el Código Civil solo reconoce a los menores de edad.

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Código Civil, arts. 96 y 142.
- Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de diciembre de 2006, artículo 1.
- SSTS de 861/2011, de 18 enero; 236/2011, de 14 abril, 451/2011, de 21 junio; 624/2011, de 5 septiembre; 659/2011, de 10 octubre; 372/2014, de 7 de julio, y 315/2015, de 29 de mayo.